

論
説

ショック損害と客観的帰属

山
本
高
子

目次

- 一. はじめに
- 二. 定義とこれまでの民事判例
- 三. 刑法における議論
- 四. おわりに

一. はじめに

客観的帰属論は、ドイツにおいて多数の論者に支持され、通説的地位を得るようになって以降、合意に基づく他者危殆化など新たな適用領域を模索してきた。そして、客観的帰属論が示してきた解決方法は、その根拠づけや射程をめぐる新たな議論を提起している。そのような問題領域に、ショック損害(Schockschaden)も含まれる。

ここでは、交通事故などで重傷を負い、あるいは死亡した被害者の家族や近親者にその旨を伝えたところ、家族や近親者がショックにより傷害を負ったという事例が想定される。ショック損害として議論される多くの事例は民事裁判で争われることが多く、刑法上の問題として議論の俎上に上らなかったこともあり、刑法上帰属されないという結論においてはおおむね一致しているものの、その根拠に関してはあまり明白ではない。このような状況にあつて、最近、ゾヴァダが、ボイルケの古稀祝賀論文集にショック損害に関する論稿を発表した。そこで、本稿においては、このゾヴァダの論稿も加えた上で、これまでの判例や学説を検討することとする。敬愛する樋口直先生がめでたく古稀を迎えられたことをお祝い申し上げ、謹んで拙稿を捧げたい。

二. 定義とこれまでの民事判例

1. 定義と分類

ショック損害として挙げられる事例の代表例は、上述したように、交通事故等で重傷を負った、あるいは死亡した被害者の近親者に、その旨を伝えたところ、近親者がショックにより傷害を負ったというものである。⁽¹⁾ ショックにより生じた傷害結果であるため、精神的に仲介された因果関係の一類型と評されることもある。被害者の精神的な側面が問題とされることから、その機序が明らかでなく、精神への影響が人によって異なるなど、その不明確性が前面に出される。このようなショック損害に関して、ナミアスが興味深い分類を行っている。ナミアスは、ショック損害を広い意味での後続損害 (Folgeschäden) に位置づけている。⁽²⁾ この広い意味での後続損害とは、注意に違反して引き起こされた第一次侵害が、さらなる侵害の因果的解明に対して必要なものをいう。

この広い意味での後続損害は、注意に違反して惹起された第一次侵害が仲介して発生するさらなる侵害に対して協働原因となっているか否かによって、さらなる下位区分がなされる。⁽³⁾ 狭い意味での後続損害と第二次的損害(Zweitschäden)である。狭い意味での後続損害とは、第一次侵害から他人の誤った態度が介入することなく、さらなる侵害が生じる事例をいう。⁽⁴⁾ 第二次的損害とは、第一次侵害とさらなる侵害との間に、他人の注意に違反した態度が介入しているものである。⁽⁵⁾ ショック損害は、このいずれの下位区分にも含まれず、継続損害に基づく事後的結果(Spätfolgen aufgrund vom Dauerschäden)とともに、⁽⁶⁾ 広い意味での後続損害の中に含められる。ショック損害は、過失行為と結果との間の結びつきの種類、すなわち精神的に仲介された因果関係が存在する類型であり、行為者がある態度により、多くの危険を一つあるいは複数の法益に対して引き起こすところに特徴がある。第一次侵害でなく、さらなる侵害が、どのような前提の下で、注意に違反して行為した行為者に客観的に帰属されるのが焦点となる。⁽⁷⁾

2. 民事判例

ショック損害は、その多くの事例において、事故を起こした行為者に対する損害賠償や慰謝料請求として争われてきた。ショック損害の代表的判例として挙げられるのは、①BGHZ 56, 163である。被害者の夫が交通事故により死亡し、そのことが、被害者に伝えられたことにより健康被害を受けたとして、自動車を運転していた被告に損害賠償を求めたものである。この事例において、BGHは、「日常的でない、『トラウマ的な』事故を共に体験し、あるいは事故を知らせる効果が、典型的な身体的あるいは精神的な健康被害において現実化した事例について、独自の損害賠償請求が許容されることは、立法者の決定と確かに両立しうる」こと、「精神的に仲介さ

れた健康被害を、行為者が意欲していない事例に関しては、これまでの相当性の公式から独立して、医学的な観点だけでなく、一般的な社会生活の観点からも身体や健康の侵害として考慮される侵害へ制限することが必要である」こと、「本件原告に生じた健康被害と夫の事故死との間の原因連関は、直接の事故の被害者との密接な人的結びつきのために、ショックの被害者がふりかかった不運を自分のものだとしたことにより仲介される」ことを指摘した上で、「ショック損害にあつては、ドイツ民法八二三条一項により保護された法益の直接の侵害が問題になってるのであり、ドイツ民法八四四条、八四五条のように、間接的な侵害のみの補償が問題となっていないのではない」旨判示した。これを受け継いだのが、② BGHZ 93, 351 である。原告の父親が交通事故に遭い、三日間意識不明の状態であつたが、その知らせを聞いた原告の母親がショックを受け、循環障害や二日間続く流産の危険を伴った陣痛を生じ、その結果当時妊娠五ヶ月の胎児であつた原告が脳機能に障害を負い、重度の障害児として出生したという事例である。この事例において、BGHは、原告の父親が重傷を負った交通事故と原告の脳機能障害との間に、因果関係だけでなく、帰属連関が存在すること、規範の保護目的の外側に存在する危険が結果において現実化した場合、負責を価値的に限定することが要求されていることを指摘している。この判例においては、精神的に仲介された胎児の傷害が、「一般的な生活危険」といえるかも問題とされている。このような流れは、社会法領域にも波及し（③ BGH NJW-RR 2007, 1395）、さらに、夜勤を終えて家路についていた警察官が遭遇した悲惨な事故現場での救助活動の際に被った PTSD に対しても（④ BGH NJW 2007, 2764）、事故により精神的に仲介された健康被害が、病氣と評価される（Krankheitswert）ものと想定されたとしても、PTSD は、ドイツ民法八二三条一項と道路交通法七条一項の保護領域に包摂されず、むしろ一般的な生活危険の一部であること、本件事案における健康被害がドイツ民法八二三条の意味において必要な著しい閾値をこえてい

るか否かに原審が答えていないことが指摘され、帰属にとって決定的なのは、侵害者が被害者に対して事故の直接の関与者の役割を強制し、事故の事象を精神的に処理できないことが挙げられている。近年では、ペットの事故死によって被ったショック損害の事例においても、これまでの基準が受け継がれ、精神的な侵害の帰属は健康被害を前提としているだけでなく、そのような「間接的な」被害者と重傷を負った、あるいは死亡した人との特別な人的関係が前提とされることが確認されている（⑤ BGH NJW 2012, 1730）。これまでの民事判例においては、事故とショック損害との間に因果関係だけでなく、規範的な帰属連関が必要であること、事故の被害者とショック損害を被った被害者との間に密接な人的結びつきが要請されることが明示されてきた。

三、刑法における議論

ショック損害に関する刑法上の議論は、上述のように、判例において問題となった事例が民事事件であったこともあり、それほど深化しているわけではない。ショックにより発生した損害を、行為者に客観的に帰属できないという点においては一致がみられるものの、その根拠づけについては、多様な立場が主張されている。

1. 規範の保護目的論

比較的多くの支持を得ているのが、規範の保護目的論である。⁽⁸⁾以下で代表的な論者の見解を概観する。

初期の論者として、ルドルフィーが挙げられる。ルドルフィーは、過失不法に関して、行為者が、その態度により開始された具体的な結果を惹起する事象の可能性を考慮にいれ、この可能性を回避するために、必要とあれ

ば、その態度を慎むか否かを法的に義務づけられるかという、規範的な問題であるとする。なぜなら、過失の構成要件に基礎づけられる規範は、保護された法益の任意の危殆化に向けられているのでは決してなく、ただ、注意規範に違反し、それとともににはや法的に許容された危険の範疇に存在しない、あるいはそれをこえる危殆化に向けられるためであるとする。⁽⁹⁾ 過失不法を肯定するために、注意義務に違反した態度による具体的な結果の惹起の相当性に照準が合わせられる場合、行為者により違反された注意の意味や目的ではない結果が援用されることになり、過失不法は拡大し、*Versai* 法理と同様の結論に至る。⁽¹⁰⁾ それゆえ、結果の惹起を、行為者により違反された注意規範に方向づけることが必要であり、構成要件に該当する具体的な結果を惹起する事象経過と、行為者により違反された危殆化の禁止とを評価的に比較し、まさに注意義務に違反した危殆化であるかどうかが認められた後、不法結果を実現したかどうか、すなわち、具体的な結果を惹起する事象が、なお侵害された注意規範の保護領域に包摂されるか否かが問題になる。⁽¹¹⁾ このような規範の保護目的の思想から、ショック損害について、刑法上、生命と健康の保護を目的とする態度規範の保護の任務は、精神的な動揺による身体的な作用から、被害者以外の他人を守ることにあってはならないとして、帰属を否定するのである。⁽¹²⁾

ロクシンは、ショック損害に関して、そのような第二次的結果を創出したことは、疑うことができず、侵害の予見可能性も欠如していないため、この問題を解決するにあたっては、もっぱら関連する規定の保護目的を、直接法益を侵害する結果の阻止に限定するか、それによりはじめて引き起こされた第二次侵害の回避へ拡大するかが重要であると述べる。⁽¹³⁾ 刑法にとっては、規範の保護領域を、直接の侵害に限定することが、刑事政策上正当であると解される。⁽¹⁴⁾ この規範の保護領域は、確かに指導的な観点として、民法と刑法の両法領域において適用することが可能であり、その限りで、民法の領域から刑法の領域に転用可能である。しかし、それぞれの内容は、事

物の本性に従って、一方では正当な侵害の補償を要求し、他方では、刑事政策的に事態に即した反応を要求するところで、相違する。⁽¹⁵⁾ 刑法上の殺人や傷害の禁止の保護目的は、被害者以外の他人を精神的な動揺による身体的な作用から保護することに存在するのではない。⁽¹⁶⁾ 民法上の侵害の補償と刑法上の制裁は、その異なった目的に相当して、帰属の問題の一部の領域で異なるものとなり、刑法上帰属されないという結論を導いている。⁽¹⁷⁾ なお、ロクシンは、ショック損害を自身の客観的帰属論の体系の中で、構成要件の射程に位置づける。⁽¹⁸⁾ ある人間を過失で死亡させることは、その人の近親者の健康をも危険にさらすことを否定できない。しかし、そのような効果を刑法上第一惹起者に帰属させようとする場合、極端な結論に至るだろう。刑法上の殺人の禁止や傷害の禁止の保護目的は、精神的な動揺による身体的な作用から被害者以外の他人を守ることにあるのではないため、帰属されない⁽¹⁹⁾のである。

シュリーネマンは、過失結果犯に関する論稿において、ショック損害を取り扱った。シュリーネマンによると、過失というのは、結果の発生と並んで、社会生活上必要な注意を怠る行為が前提とされる。⁽²⁰⁾ しかし、注意に違反したという点だけでは十分ではなく、その結果を帰属するために、四つの段階が検討される。⁽²¹⁾ 第一段階は、現実の連関であり、自然科学的因果概念の助けをもって包含されるべき、行為とそれに左右される結果との最小限の関係である。第二段階は、相当性連関であり、客観的予見可能性を意味する。第三段階は、義務違反と結果との間の関係を意味する危険連関である。ショック損害が問題になるのは、第四段階の保護目的連関である。この保護目的連関においては、侵害された注意規範が、少なくとも当該法益客体の保護を目的としていることが必要とされ、この保護目的の思想は、追加の評価を参照することを要する規制的原理である。⁽²²⁾ 生命や健康の保護に役立つ刑法上の態度規範の目的は、「事故の複合体 (Unfallkomplex)」に制限される一方、その精神的に仲介された結

果は、保護領域の外側に存在する。このことは、第一に、精神的な状態は、原則的に刑事法の有益な保護客体とはならないこと、第二に、死亡したということを寛大に告知することについて、特別な注意義務がないこと、第三に、侵害者の観点からは、純粋な偶然であり、少なくとも、侵害者にとってショック損害に至るかどうかについて「操縦可能」ではなく、その結果、行為の自由という利益が、ショック損害の阻止という利益に、優越するからである。⁽²³⁾ 民法においては異なる帰結に至っているが、それは、民法はその目的が主として原状回復に向けられ、刑法においては主として予防に向けられているため、その規範の目的が一致しないためであるとする。⁽²⁴⁾ 敷衍すると、民法においては、発生した侵害を事後的に適切に分配することが問題となり、その結果、法の補充機能が支配的である一方で、刑法においては、禁止規範の一般予防的作用による侵害の防止が問題となる。⁽²⁵⁾ 結局、ショック損害の結果の展開全ては、第一侵害者の勢力圏のはるか外側で起こっており、これは、一定の態度を操縦することにより、特別に影響を受けるものではなく、その結果、第一侵害者を厳格に処罰することは、刑事政策上意味がないとされる。⁽²⁶⁾

また、ブルグシュタラーは、ショック損害をある人物の事後的な誤った態度に左右されるのではなく、第一次侵害から発生する後続損害であると分類した上で、さらなる規範の目的論のさらなる適用領域との関係で検討されるとする。⁽²⁷⁾ 確かに、単に精神的な作用により引き起こされた身体傷害に対しても原則的に負責されるが、ショック損害のような特別な場合にあっては、危険連関が欠落するとした上で、その理由として、刑法上の殺人や傷害の禁止は、被害者以外の他人を精神的な動揺による身体的な作用から保護するのではないためであると述べている。⁽²⁸⁾

日本においても、山中敬一教授は、ショック損害を危険実現連関に位置づけ、規範の保護目的に包摂されない

とする考え方を採っている。⁽³⁰⁾たとえ予見可能性の範囲内に存在するとしても、刑法上の殺人罪や過失傷害罪、過失致死罪の構成要件の保護目的は、当該事故の被害者以外の者の精神的動揺が、身体的に影響することに対して保護するところには及ばないため、帰属が否定されるべきであるとする。⁽³¹⁾

2. ゾヴァダの立場

ゾヴァダは、ボイルケの古稀祝賀論文集においてショック損害の刑法における帰属可能性について論究している。⁽³²⁾これまでショック損害の問題は、民法において議論されてきたが、近年は、社会法とりわけ暴力行為被害者補償法（OEG）一条の年金請求権がさらなる法領域として議論されるようになったと指摘している。刑法的な観点においては、一九七〇年代に客観的帰属論が展開されるようになったことで、ショック損害に対して、刑法上帰属を否定することについての態度決定がなされ、基本的な部分においてこれに否定的な見解はみられなかったとする。それは、刑事事件における判例がないことから、ショック損害に関する議論を活気づける作用も乏しく、刑法においてショック損害については帰属を否定するべきだという支配的な立場が形成されたと分析される。⁽³³⁾また、この問題領域が構築されていないという事情は、刑法の介入は、あまり深刻でない手段が、有効な法益の保護に対して十分でない場合にのみ合法化されるにすぎないという *Ultima Ratio* の法理から導かれるとも述べている。ゾヴァダは、ショック損害について、近年の状況から、古典的な事例（被害者の死亡や重傷を近親者に伝えたところ、近親者が傷害を負った事例）にとどまらず、様々な事例を挙げている。嫉妬深い夫が、妻の不道徳を示すために、子どもの面前で妻を殺害する場合、誘拐犯人が、被拐取者に耳を切り落とさせ、支払能力のない祖父にそれを送る場合である。これらの事例についても、たいていは近親者である他人の死や傷害とともに経験

し、あるいは事後的に経験する場合、第三者が精神的に仲介された侵害を被った事例として特徴づけられるのであり、従来議論の対象とされてきた事例と併せて、シヨック損害として位置づけられることになる。

このような問題を指摘し、これまでの刑法上の根拠づけについて言及する。これまで、刑法上の帰属を否定するための根拠として、予見可能性や規範の保護目的、非典型的な因果経過、一般的な生活危険等が挙げられてきた。これらは全て、非常に広範に及ぶものであり、不明確であると指摘する³⁴⁾。その中でも一般的な生活危険は、シヨック損害が帰属されないということを根拠づけるためには十分でない。なぜなら、シヨック損害が帰属可能でないのは、シヨック損害が一般的な生活危険に属するからではなく、その条件の意味だからである。すなわち、シヨック損害は一般的な生活危険に分配される場合に、帰属されないものであり、結局のところ、許された危険や規範の保護目的への参照が指示されるのである³⁵⁾。それゆえ、規範の保護目的連関が欠落するとする立場が、原則的に適した立場ではあるが、帰属を阻却する根拠とその射程については答えられていないとして、帰属を否定する根拠と射程について述べられることになる。

帰属に重要なトピクスとして、精神的な苦悩の惹起は、法秩序において一般的に身体と比較して、従属的な意味を付与されてきた傾向にあることが示される³⁶⁾。精神的な侵害を相対的に軽視することは、歴史的に、(刑)法が、とりわけ、身体的で暴力的な外見上知覚されるものに方向づけられてきたことに見出される一方で、精神的な苦痛は、測定することや証明することが難しいことが挙げられてきた。それをこえて、被害者の精神的な攻撃への反応は、それ自体広く制御することができず、たびたび、行為者に対する操縦可能性が明白に欠落するのである。とりわけ、精神的な侵害の付加は、人間の共同生活と切り離すことができず、近親者が重傷を負った、あるいは死亡したことにより引き起こされた苦悩に堪えることやそれを克服することは、生活があらゆる人間に代償

として要求する機能である。ショックにより被害を受けた者は、間接的に傷害を受けた第二次被害者として特徴づけられ、刑法規範の保護目的を、直接被害を受けた第一次被害者に制限することにより帰属の文脈から切り離される。逆に、原則的にショック損害を不可罰とするにもかかわらず、刑法上の帰属が肯定されることに關する事情として、行為者の行為が、殺人の故意や意図をもって行われた場合が挙げられている。

このような根拠に基づいて、ショック損害の帰属を検討する事情を四つに区分する。結果に關連づけられた事情、人物に關連づけられた事情、状況に關連づけられた事情、行為に關連づけられた事情である。³⁷⁾結果に關連づけられた事情は、帰属の対象であり、すなわち、ドイツ刑法二三三条（傷害）、二二九条（過失傷害）の意味における構成要件に該当する結果から明らかにされる。³⁸⁾精神は、身体的な作用に至る場合に、身体の健康の侵害として保護されるため、間接的な保護の対象となることが導かれる。³⁹⁾第二に、人物に關連づけられた帰属の基準である。これは、精神的な動揺による身体的な作用から、直接的な被害者以外の他人を保護することが刑法規範の目的ではないというテーゼが、帰属を阻却する基本的な柱として提示される。⁴⁰⁾刑法は、第一被害者が被った侵害に対してのみ関心を有する一方で、具象的に周辺領域において存在する二次的被害者の、いわば從属的な侵害は、刑法的帰属の文脈から排除される。⁴¹⁾状況に關連づけられた事情の観点から、直接の共同体験は、近親者の死や重傷を伝えられたことによるショック損害とは異なつて評価されることが導かれる。⁴²⁾交通事故の事例においては、具体的な事故現場において作用が現れる場合にのみ、刑法上の帰属が肯定される。このことから、通知の事例は帰属連関から除外されるが、その理由として、補償に向けられた民法と相違して、刑法においては予防が問題になることが挙げられる。⁴³⁾ただ、第三者という視点から検討すると、家族や近親者に限定されない。身体的に客観化されるショックの反応は、予期される可能性が高いほど、第一被害者とのより密接な人的結びつきが

存在する。それに対して、深刻なショックの反応は、第一被害者とのそのような密接な結びつきなしでは、よりいっそう予見不可能な傾向にある。⁽⁴⁴⁾それゆえ、事故の目撃者のショック損害については、一般的な生活危険に属するとされる。⁽⁴⁵⁾最後に、行為に関連づけられた帰属の基準として、行為者が故意に行っていたか、過失で行為していたかという問題が挙げられる。⁽⁴⁶⁾行為者の意図が、まさにショック損害の被害者の侵害へと向けられている場合、第一次侵害は目的のための手段として役立つことになる。⁽⁴⁷⁾第一被害者に対してなされた過失による第一次侵害に基づく場合には、原則的に、侵害された注意規範の保護目的は、ショックにより侵害された第三者を包摂しないため、帰属可能でない。⁽⁴⁸⁾その間に存在する領域にとって、行為者が、ショックを仲介するコミュニケーション関係を支配し、あるいは、ショック損害と状況的、人的に十分密接な結びつきが存在する場合、帰属されうることになる。⁽⁴⁹⁾

3. ヤコブスの立場

ヤコブスもショック損害を客観的帰属の問題として取り扱う。ただ、ヤコブスの客観的帰属論は、その基本的視座から検討する必要がある。

ヤコブスは、刑罰の機能を一般予防に求め、規範違反が犯罪として評価され、それに対する反応が刑罰であるとする。⁽⁵⁰⁾刑罰の機能は、社会的な接触に対する方向づけの典型としての規範の維持である。⁽⁵¹⁾規範違反がいつ存在するかについての決定が、帰属論の問題である。事後的な規範の妥当性は、行為者が、その人に付与されていない組織化を不当に行使した場合にはじめて侵害される。⁽⁵²⁾このことから客観的帰属は二つの基礎に遡る。第一に、刑法の目的、すなわち期待の現実性の保障であり、この目的より社会的に相当な態度は、不法として帰属されえ

ないということが導かれ、第二に、刑法上支配的な結果犯の原則形式であり、行為者によって設定された許されない危険が、実現されなければならないということが示される。⁽⁵³⁾ 構成要件的结果の惹起と、単なる付随事情をもたらすこととの間に存在する区別は、規範の目的に依存するとし、⁽⁵⁴⁾ 多数の結果に等価値な経過のいずれが現実化したかに左右されると主張する。⁽⁵⁵⁾ ヤコブスはこのような基本的視座に立脚し、客観的帰属の類型を許された危険の場合の阻却、許された信頼に際しての阻却、保障人的地位と遡及禁止についての帰属の阻却に分類する。このうち、ショック損害は、保障人的地位と遡及禁止についての帰属の阻却に含まれる。行為者が因果生成により、組織化領域を他人やその費用を考慮することなく、拡大することが負責の根拠となる。⁽⁵⁶⁾ すでにそのような作用が発生することがありうるために社会的に相当である作用に際し、その利益がもはや存続しない場合、被害者の生活領域は、結果に関連して組織化されている。それゆえ、共同生活がもはや組織化できず、あるいは極端な費用をもつてのみ組織化することが可能な場合を除き、特別な配慮への信頼が刑法上防護されないように、通常の事例にとつて、個々の組織化領域の接触が行われないことに対して刑法上防護される信頼も存在しない。ここにショック損害も属する。⁽⁵⁷⁾ このようにして人が精神的な負担を処理できるかは、一定の領域において、各々の人間個人の問題である。もちろん、限界はほとんど明らかではない。被保護者に対してのみ、精神的な状況へ留意することが法的義務になるのではない。とりわけ、被害者が、虚偽の知らせに基づいて、ショック損害を被る場合、負責は議論の余地がある。現実を意のままにすることができるとして、⁽⁵⁸⁾ 各々の人間個人の問題である場合、それでも妥当しない。

ヤコブスは、規範の保護目的によりショック損害を解決しようとする立場に対して、次のように批判する。「殺人や傷害の禁止は、精神的な動揺による身体的な作用から被害者以外の他人を守ることにあるのではない」とい

う文言は、循環であるという。なぜならショックの被害者は、その人自身が身体的に関係していると主張するの⁵⁹⁾である。

4. フリッシュの立場

フリッシュは、ショック損害を構成要件に該当する態度に位置づける。フリッシュによると、客観的帰属論が扱う問題は、そのほとんどが構成要件に該当する態度の問題に位置づけられる。

フリッシュは、刑法における中心的な目標は法益の保護であるが、事前の観点から、具体的な原則として正当化されない危険の創出や危険の増加をはらんでいる、そのような態度方法を禁止もしくは禁止されているとみなすことは、当然のことであると述べる。⁶⁰⁾どのような危険がそもそも是認されないかは、帰属論に前置される問題である。構成要件に該当する態度の問題は、是認されない危険の創出を特徴づけ、正犯における構成要件に該当する態度に妥当するだけでなく、同様に共犯において要求される態度にも妥当する。⁶¹⁾構成要件に該当する態度においては、引き起こされたそのつどの危険が是認されないか否かを検討するにあたって、結果の帰属に優先する、そもそも禁止された態度が存在するか否かの問題が重要である。⁶²⁾結果の帰属の範囲内において、危険の実現が検討され、この危険が実現されなかったことが認められるにすぎない。⁶³⁾刑法は、態度規範の違反に対して特に事後に対応し、その妥当性と確固たることを強調することによって、刑罰の介入による利益の保護、すなわち実行された行為後の（追加の）法の介入を追求する利益保護法である。⁶⁴⁾一定の危険を負わせる態度方法を是認されないと評価することは、行為の自由に対して、一定の利益の維持のために適当であり、必要であり、相当な手段としてみなされるかどうか、また、結果犯の領域において、そのような是認されない危険の創出に対して刑罰を

伴って反応することに対し、妥当性を維持するために必要で、相当なものかどうか。⁽⁶⁵⁾このような観点から態度方法が是認されないかが評価される。この構成要件に該当する態度は、被害者や第三者の介入なく直接利益侵害に至る危険性のある態度、被害者の仲介する行為から利益侵害へ展開する可能性がある態度、第三者の法益侵害行為により利益侵害に至る大きな危険が存在するために危険をはらんでいる態度に区分される。⁽⁶⁶⁾ショック損害は、第三者が、死の知らせによりショック損害を受ける可能性を有しているために、行為者の態度が是認されない危険を創出した、すなわち構成要件に該当する態度とみなされるかによる。⁽⁶⁷⁾場合によっては、ショックや興奮、そして、それによるさらなる侵害へ至るあらゆる態度を禁止しようとすることは、行為の自由の堪えがたい制限という結果になる。⁽⁶⁸⁾なぜなら、例えば正しい運転行為も、合意に基づく危険な行動も、それが事故につながり、近親者がその知らせを聞いてショック損害を受ける可能性がある場合には、禁止されることになるためである。⁽⁶⁹⁾ショック損害の発生に向けられた是認されない危険の創出と認められるかは、相対的に狭い限定された領域において考慮される。⁽⁷⁰⁾態度が是認されないとされることに対する根拠は、一定の侵害から一定の法益を保護することに向けられた刑法において、まさにこの法益とこの特有の侵害に向けられた態度それ自体を特徴づける十分に是認されないと評価するに値することであるにすぎない。⁽⁷¹⁾

5. その他の立場

イエシエック・ヴァイゲントは、ショック損害を、客観的帰属論に包摂される法的に重要な危険の欠如の類型に分類し、⁽⁷²⁾近親者に被害者の死亡や重傷を伝えることは、法的に重要な危険を創出したと認められないとする。⁽⁷³⁾これに対して、行為者が、被害者の心臓が弱いことを特に知っていたような場合には、帰属を肯定できるとする。⁽⁷⁴⁾

キュールは、ショック損害に関して、過失犯の領域においては、規範の保護目的による解決が通説において採られているとしながらも、客観的帰属に関して論述している部分では、法的に重要な危険の創出が否定されるところで、イエシエック・ヴァイゲントに近い立場に言及している。⁽⁷⁶⁾

ブツペは、ショック損害について、周知のごとく、さらに重大な身体的な侵害とともに引き起こしうる精神的な苦悩を付加することは、当然罰せられないとされることによって、正当化されるとし、ただある種の侵害のあらゆる惹起が禁止されないことは、これ自体をなお許されたものにするのではないと述べる。⁽⁷⁷⁾被害者に、その事故の精神的な作用を単独で克服することを命じることは、人間的でもなく、公正でもない。犯罪行為による精神的な副次的作用が、それが直接の被害者でない者に精神的に打撃を与える限りは、合法的に所為により引き起こされた結果として、行為者に負責される。純粹に精神的に引き起こされた健康侵害を傷害として処罰することに後ろめたさを感じることに對する理由は、精神的な法則の妥当性への確たる信念にもかかわらず、身体的な健康の侵害を惹起したとして精神的なトラウマを評価するためには、身体と精神の間の相互作用について、ほとんど分かっていることを認識していることにあるとする。⁽⁷⁸⁾しかし、このようなショック損害についての記述は、Nomos Kommentarの第二版において見られるものの、これ以降の版においては、全く言及されていない。

ヴェッセルス・ボイルケ・ザツガーによるとショック損害は、非典型的な因果経過に分類される。⁽⁷⁹⁾そこでは、ショック損害を精神的に仲介された因果関係として論じ、日常的な範型に含まれない態度については、行為者への帰属は否定されるが、被害者の態度が、一般的な生活経験によってあつづけることが可能な反応を示す場合、発生した結果は行為者のしわざとして評価される。

オットーは、規範の保護目的論に対して疑問を投げかけ、規範の保護目的から議論されるべきは、道路交通の

ように、規範が特別な危険を包括するところでは可能であるが、この限定が認められないところにおいては、規範の目的の思想は、さらに前進させるものではないとした上で、このことは、ルドルフィーとロクシンが、同じ規範の目的から議論しているにもかかわらず、同じ事例に対して異なった判断を示しているところからも明らかであると指摘する⁽⁸⁰⁾。そして、危険状況を認識しているにもかかわらず、事象経過に向けて介入する意識的な第三者の態度により帰属連関は中断されると主張されるが、その根拠を個々の規範の特別な保護範囲ではなく、惹起それ自身が刑法上の責任を正当化するのではないという現行法の原則から導く。このことは、ドイツ刑法四八条〔当時は教唆犯の規定が置かれていた…筆者注〕において、立法者が、単なる惹起を著しくこえる意思の影響を前提としていることによって、顕在化するとする⁽⁸¹⁾。それゆえ、規範の保護目的や保護領域ではなく、危険を惹起し、その危険を結果の発生に至るまで操縦しえたかが結果を帰属するために中心的に検討されるのである。オートーは、ショック損害に対しては明言していないものの、交通事故などによって重傷を負ったこと、あるいは死亡したことを伝えられた近親者が、ショックにより傷害を負う事象を、行為者は操縦できないとして帰属を否定することになるだろう。

6. 検討

ショック損害については、刑法上の帰属を否定するというのが学説上一致した立場ではあるが、その根拠づけに関して、相違が存在する。多くの見解は、客観的帰属論の範疇に包摂し、客観的帰属論において展開されている要件のいずれかを否定することで、行為者に対して、ショック損害の結果を帰属しないという結論を導いている。この根拠づけに関し、若干の検討を試みたい。

まず、規範の保護目的により客観的帰属を否定する立場である。この立場は、ドイツにおいて客観的帰属論の主要な論者により展開され、日本においても山中教授により主張されている立場である。ドイツにおいては、傷害罪の保護法益を身体的な健康と理解しており、通説は、精神的な完全性については、身体的なそれほど広く保護しておらず、精神的な侵害それ自体では十分でなく、身体的な作用を要求している。⁽⁸³⁾ その理由として、精神的な作用があまり明確でないこと、共同生活を送るにあたっては、精神的な侵害を克服することも必要とされることなどが考えられる。それゆえ、直接の被害者に対しても厳格な運用がなされている以上、たとえ被害者の近親者であったとしても、直接の被害者でない場合には、その保護の範疇に含まれないとすることも当然の帰結であるように思われる。しかし、日本においては、精神的機能についても傷害罪の保護法益に含まれるとされること⁽⁸⁴⁾が一般的であり、判例においても、精神的機能の障害が傷害と認められているため、精神的機能の障害を刑法上の「傷害」と認めないとする立場は、採用しがたいように思われる。⁽⁸⁶⁾ さらに、直接的な被害者以外の他人の精神的な動揺による身体的な作用から保護するのではないとの解釈も、殺人や傷害などの規定が、「人」として限定を設けていないことから、間接的な被害者を含まないとして近親者を除外することができなのか、疑わしい。このことは、PTSDに関して参照されるDSM・IVやICD・10の基準に鑑みると、被害者が事故などによって死亡したことや、重傷を負ったことを近親者が知らされたことにより、精神的機能の障害を負った場合にもPTSDと判断される可能性を有しており、判例上、PTSDが精神的機能の傷害として刑法の傷害に含まれると認められていることから、そのような近親者の精神的機能の障害も刑法上の傷害と認められる可能性があるように思われる。それゆえ、傷害の規範の保護目的に、直接の被害者以外の「他人」の精神的障害は含まれないとする立場は、採用できない。

ゾヴァダの見解については、ショック損害を詳細に分析した上で、帰属を検討する基準として四つの事情を区分し、検討することを試みている。基本的な立場は、規範の保護目的論に依拠しており、精神的な苦悩は人の死や重傷の知らせだけでなく、仕事や恋の悩みなど、人間の共同生活においてたびたび起こりうることであり、それを克服して日常生活を送っていることを指摘し、精神的な動揺により傷害を被った者は間接的な被害者となり、刑法の傷害罪などの規範の保護目的に包摂されないとしている。この立場に対しても、前述した規範の保護目的に依拠する立場を検討した際に示した批判が妥当するものと思われ、支持できない。

また、ショック損害において論じられる事例として、古典的な事例だけでなく、さらなる事例が提示されている。ゾヴァダは、ショック損害を精神的に仲介された傷害としているため、PTSDなどに捕捉される事例が多く包摂されることになる。ただ、嫉妬深い夫の事例や誘拐犯人の事例は、客観的帰属論などが検討の対象としてきたショック損害の事例と比較すると、異質なものを含んでいるようにも思われる。嫉妬深い夫の事例においては、面前で母親を殺害された子どもは、事象とともに経験したと評価できるであろうし、誘拐犯人の事例においても、支払不能な祖父に耳を送ることで、祖父はその事象を体験している。本稿で問題にしているショック損害は、あくまでも事後的に体験した事例であり、客観的帰属論がこれまで問題としてきた事例も、嫉妬深い夫の事例や誘拐犯人の事例とは、異質な事例であると解される。ゾヴァダは、ともに体験する事例もショック損害の事例に包括しているが、そのようなともに体験する事例に関しては、直接的な被害者との評価も可能であろう。これまで問題とされてきた古典的な事例と嫉妬深い夫の事例や誘拐犯人の事例は、区別して議論する必要があるように思われる。

さらに、四つの事情に区分することにより結果の帰属を検討する点に関しては、確かに、一つの基準により

ショック損害の帰属を考察することは、粗雑にすぎるように思われるが、多くの基準により、客観的帰属の否定を正当化することが、必ずしも妥当な結論を導くことになるとは解されない。そして、とりわけ、状況に関連づけられた事情と行為に関連づけられた事情においては、規範の保護目的という大前提からよりも、事情に相応した解決のための柔軟な解釈が試みられているようにもみうけられる。例えば、状況に関連づけられた事情において、近親者以外の第三者が検討の対象に含められている点、行為に関連づけられた事情において、行為者の心理面によって異なる解決が導かれている点である。規範の保護目的に包摂されないとするのであれば、これらの場合であっても、規範の保護目的から統一的な解決が図られることが要請されるのではないだろうか。基本的には、ショックを受けた者は間接的な被害者となり、刑法の傷害罪などの規範の保護目的に包摂されないとする根拠に汲み尽されているのであり、それ以上の類型分けは、事例の解決を煩瑣にするように思われる。

次に、ヤコブスのショック損害に関する議論を検討する。ヤコブスの客観的帰属論の基本的な視座として挙げられる積極的一般予防の考え方から、ショック損害の不処罰を導くことに関しては、若干疑念が残るようにも思われる。なぜなら、ヤコブスが展開する積極的一般予防においては、違反された規範の妥当性が刑罰により表されると主張される。この違反された規範の中に、ショック損害も含まれないだろうか。「他人を傷害するな」という規範の対象は、近親者や家族にも向けられるものであり、近親者が精神的動揺により傷害を負った場合も、この規範の対象となりそうである。そして、近親者が傷害を負った場合には、規範の妥当性を維持するために、刑罰という反作用を付与することが必要になるのではなかろうか。ただ、ヤコブスは、この規範の妥当性は、行為者がその人に付与されていない組織化を不当に行使した場合に侵害されるとも述べており、ショック損害の場合には、不当に組織化を行使したのではないと解することで帰属を否定することも可能であるように思われる。

このように解した場合、不当な組織化の行使かどうか問題となるが、明確な基準が示されているのかは、疑問の余地がある。

そこで、フリッシュの立場を検討すると、フリッシュは、構成要件に該当する態度か否かを判断するにあたり、行為の自由に対して一定の利益を保護することが、適当であり、必要で、相当な手段か、刑罰を科すことが妥当性を維持するために必要であり、相当かを問題にしている。このようなフリッシュの基本的な立場は、ショック損害の帰属を否定するにあたつて、重要な視点であるように思われる。ショック損害を防止するために、車の運転も禁止されると解することは、行為の自由を著しく制限することにつながるだろう。また、刑罰を科す必要性や相当性に関しても、近親者が精神的ショックにより傷害を負った場合にも刑法を適用するとなると、刑法の適用範囲は著しく広範囲に及ぶことになる。刑法は、最終手段であるとの考え方に背馳することになる。このフリッシュの基本的な立場は、刑法の基本原理とも合致するように思われる。ただ、方法論として、フリッシュの構成要件に該当する態度の理論は、客観的帰属論の展開する基準を、そのまま移行させただけにすぎず、疑問を禁じ得ない。また、全て構成要件に該当する態度に包摂できるのか、問題が残されるであろう。

結局、基本的な視座としては、他の法領域による紛争の解決では十分でない場合にのみ適用されるという基本原則に立ち戻ることが必要であるように思われる。刑法は、法の適用の中でも最終手段として位置づけられるため、他の法領域により解決が図られる場合には、刑法は介入すべきではない。その上で、ショック損害は、行為者のしわざとして帰属されないとする客観的帰属の問題として検討され、一般的な生活危険であるために、許されない危険の創出と評価されず、客観的に帰属されないと解する立場が妥当であるように思われる。精神的な機能の障害は、日常生活を送っている以上、これと切り離すことは不可避であり、ある程度のショックやストレス

は、それを甘受することが求められよう。また、第三者に生じうる精神的機能の障害は、行為者にとって操縦可能であるとはいえない。それゆえ、一般的な生活危険であること、行為者に操縦可能でないことから、ショック損害は客観的に帰属されないと考える。

四．おわりに

ショック損害はこれまで民事事件として問題となってきたが、PTSDなどの精神的障害も刑法上の傷害として解されているため、今後は刑法上の責任が問題とされることも考えられる。殊に、複雑化し、ストレスの多い現代社会においては、いっそう問題になる可能性の高い領域ともいえる。客観的帰属論の要件の詳細とともに、さらなる議論の深化が待たれるものと思われる。

注

- (1) B. Schünemann, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA, 1975, S. 717.
- (2) O. Nannias, *Die Zurechnung von Folgeschaden im Strafrecht*, 1992, S. 15ff.
- (3) O. Nannias, a. a. O., S. 15.
- (4) O. Nannias, a. a. O., S. 15. この例として、薬剤師が、医師に照会することなく、Aにビタミン剤を渡したところ、Aは、自分の五ヶ月の子どもにそのビタミン剤を大量に投与したという薬剤師事例が挙げられる。
- (5) O. Nannias, a. a. O., S. 17.
- (6) 継続損害に基づく事後的結果とは、注意に違反して付加された第一次侵害が、継続的な損害をもたらし、数年後に

- はじめて明らかにする結果を生じるものであり、行為と後の結果との間に長い時間的な間隔があることが特徴であるが、この例として、交通事故により足を失った被害者が、数年後に凍結した道路を歩いていて転倒した場合などが挙げられる。Vgl. O. Namias, a. a. O., S. 17.
- (7) O. Namias, a. a. O., S. 17.
- (8) C. Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht : Festschrift für Richard Honig, 1970, S. 141ff. ; ders., Zum Schutz zweck der Norm bei fahrlässigen Delikten : Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973, S. 256 ; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2006, S. 371, Rn. 44; M. Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, S. 126 ; K. Hoffmann-Holland, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2011, Rn. 143 ; K. Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, S. 606, Rn. 75; R. Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2011, S. 488, Rn. 43; H. J. Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5 und 6 Aufl., 1993, Vor § 1, S. 48, Rn. 78; J. Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafsystem, 1981, S. 341, S. 55ff. ; D. Sterberg-Lieben / F. Schuster: A. Schönke / H. Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 15, S. 302, Rn. 162 ; G. Stratenwerth / L. Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, S. 84, Rn. 39.
- (9) H. J. Rudolphi, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS, 1969, S. 551.
- (10) H. J. Rudolphi, a. a. O. (Fn. 9), S. 551ff.
- (11) H. J. Rudolphi, a. a. O. (Fn. 9), S. 552.
- (12) H. J. Rudolphi, a. a. O. (Fn. 8), S. 48, Rn. 78.
- (13) C. Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht : Festschrift für Richard Honig, 1970, S. 141.
- (14) C. Roxin, a. a. O. (Fn. 13), S. 141.
- (15) C. Roxin, a. a. O. (Fn. 13), S. 145.
- (16) C. Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten : Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973, S. 256.
- (17) C. Roxin, a. a. O. (Fn. 16), S. 259.

- (18) ロクシンの客観的帰属論体系については、Vgl. C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2006, S. 372ff., Rn. 47ff. ロクシンは、行為者の態度が、行為の客体に対し、許された危険によって包摂されない危険を創出し、その危険が具体的な結果において実現した場合、行為者によって惹起された結果は、客観的構成要件に帰属されると定義した上で、行為者により創出された危険の現実化として判断される場合には、結果は原則的に行為者に帰属可能であるが、例外的に、構成要件の射程が、この種の危険や効果の阻止を包括するものではない場合には、行為者に帰属されない主張される。このことから、ロクシンは、構成要件へ帰属するための客観的帰属の要件として、許されない危険の創出、許されない危険の結果における実現、構成要件の射程という三要件を提示する。この三要件の下位事例として、許されない危険の創出の要件に、危険減少の場合の帰属の阻却、危険の創出が欠落している場合の帰属の阻却、仮定的な因果経過、許された危険の場合における帰属の阻却の各類型が包摂され、許されない危険の実現の類型に、危険の実現が欠落している場合の帰属の阻却、許されない危険の実現が欠落している場合の帰属の阻却、注意規範の保護目的によって包摂されない結果の際の帰属の阻却、合法的代替的態度と危険増加理論が挙げられている。最後に構成要件の射程の類型には、故意の自己危殆化の際の共働、合意に基づく他者危殆化、他人の答責領域への帰属が含まれる。ショック損害は、構成要件の射程の問題とされるが、第二の柱、許されない危険の実現の中に包摂される注意規範の保護目的の事例との異同が問題となる。許された危険を限定する注意規範の保護目的は、犯罪構成要件の保護目的とは異なるものであり、構成要件の保護目的による帰属の阻却は、構成要件規範が、一定の態度方法と作用をはじめから包摂しない場合であるとする。

- (19) C. Roxin, a. a. O. (Fn. 18), S. 1078, Rn. 44.
 (20) B. Schünemann, a. a. O., S. 516.
 (21) B. Schünemann, a. a. O., S. 578ff.
 (22) B. Schünemann, a. a. O., S. 715.
 (23) B. Schünemann, a. a. O., S. 720.
 (24) B. Schünemann, a. a. O., S. 720.
 (25) B. Schünemann, *Über die objektive Zurechnung*, GA, 1999, S. 214.

- (26) B. Schünemann, a. a. O. (Fn. 25), S. 215.
- (27) M. Burgstaller, a. a. O., S. 125.
- (28)ブルグシュタラーは、発生した結果を行為者のしわざとして帰属するために、条件説の意味における因果関係が認められるかを検討した上で、さるなる限定として危険連関を要求する。Vgl. M. Burgstaller, a. a. O., S. 96.
- (29) M. Burgstaller, a. a. O., S. 126.
- (30)山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』（成文堂、一九九七年）七一〇頁以下。
- (31)山中・前掲書・七二二頁。
- (32)C. Sowada, Die Zurechenbarkeit von Schockschäden im Strafrecht : Festschrift für Werner Beulke, 2015, S. 283ff.
- (33)C. Sowada, a. a. O., S. 284.
- (34)C. Sowada, a. a. O., S. 286.
- (35)C. Sowada, a. a. O., S. 287.
- (36)C. Sowada, a. a. O., S. 288ff.
- (37)C. Sowada, a. a. O., S. 289.
- (38)C. Sowada, a. a. O., S. 290.
- (39)C. Sowada, a. a. O., S. 290
- (40)C. Sowada, a. a. O., S. 290
- (41)C. Sowada, a. a. O., S. 291.
- (42)C. Sowada, a. a. O., S. 292.
- (43)C. Sowada, a. a. O., S. 292.
- (44)C. Sowada, a. a. O., S. 293.
- (45)C. Sowada, a. a. O., S. 294.
- (46)C. Sowada, a. a. O., S. 294.
- (47)C. Sowada, a. a. O., S. 295.

- (48) C. Sowada, a. a. O., S. 295.
- (49) C. Sowada, a. a. O., S. 296.
- (50) G. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S. 5, Rn. 2.
- (51) G. Jakobs, a. a. O., S. 10, Rn. 11.
- (52) G. Jakobs, a. a. O., S. 47, Rn. 25a.
- (53) G. Jakobs, a. a. O., S. 184, Rn. 4b.
- (54) G. Jakobs, a. a. O., S. 189, Rn. 16.
- (55) G. Jakobs, a. a. O., S. 191, Rn. 18.
- (56) G. Jakobs, a. a. O., S. 213, Rn. 56.
- (57) G. Jakobs, a. a. O., S. 217, Rn. 65.
- (58) G. Jakobs, a. a. O., S. 217, Rn. 65.
- (59) G. Jakobs, a. a. O., S. 217, Fn. 113.
- (60) W. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 41.
- (61) W. Frisch, a. a. O., S. 59.
- (62) W. Frisch, a. a. O., S. 62.
- (63) W. Frisch, a. a. O., S. 63.
- (64) W. Frisch, a. a. O., S. 77.
- (65) W. Frisch, a. a. O., S. 70, S. 80.
- (66) W. Frisch, a. a. O., S. 86.
- (67) W. Frisch, a. a. O., S. 399.
- (68) W. Frisch, a. a. O., S. 399.
- (69) W. Frisch, a. a. O., S. 399.
- (70) W. Frisch, a. a. O., S. 399.

- (71) W. Frisch, a. a. O., S. 403.
- (72) イェシエック・ヴァイグンドの客観的帰属論については Vgl. H. H. Jescheck/ T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 287ff. 定義については、ロクシンらによる通説的な客観的帰属論と同様であるが、客観的帰属論に包摂される下位事例について若干の差異が存在する。法的に重要な危険が欠落する場合、危険減少の場合、規範の保護領域の外側に結果が存在する場合、自由で完全に答責的な侵害行為による他人の自己侵害を促進する場合、合法的択一的態度の場合には、結果の帰属を阻却するとされる。
- (73) H. H. Jescheck/T. Weigend, a. a. O., S. 287.
- (74) H. H. Jescheck/T. Weigend, a. a. O., S. 287.
- (75) K. Kühl, a. a. O., S. 606, Rn. 75.
- (76) K. Kühl, a. a. O., S. 45, Rn. 47.
- (77) I. Puppe, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 1998, Vor § 13, Rn. 240.
- (78) I. Puppe, a. a. O., Rn. 240.
- (79) J. Wessels/W. Beulke/H. Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Aufl., 2014, S. 76, Rn. 196.
- (80) H. Otto, Kausald diagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht: Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 98, Fn. 28.
- (81) H. Otto, a. a. O., S. 98.
- (82) A. Eser: A. Schönke/H. Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2014, S. 2152, Rn. 1.
- (83) A. Eser, a. a. O., S. 2154, Rn. 4.
- (84) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第二版)』第一〇巻(青林書院、二〇〇六年)三八九頁以下〔渡辺咲子〕。
- (85) 最決平成二四年七月二四日刑集六六卷八号七〇九頁。
- (86) 刑法上の「傷害」については、生理的機能障害説(平野龍一『刑法概説』東京大学出版会、一九七七年、一六七頁、中山研一『刑法各論』成文堂、一九八四年、四三頁、曾根威彦『刑法各論(第五版)』弘文堂、二〇一二年、一六頁、中森喜彦『刑法各論(第四版)』有斐閣、二〇一五年、一五頁、西田典之『刑法各論(第六版)』弘文堂、二〇一一年、四一頁、前田雅英『刑法各論概説(第五版)』東京大学出版会、二〇一一年、三一頁、林幹人『刑法各論(第二版)』

東京大学出版会、二〇〇七年、四七頁、山口厚『刑法各論〔第二版〕』有斐閣、二〇一〇年、四五頁、井田良『刑法各論』弘文堂、二〇〇七年、二七頁）、身体完全性侵害説（団藤重光『刑法綱要各論〔第三版〕』創文社、一九九〇年、四〇九頁、植松正『刑法概説Ⅱ各論〔再訂版〕』勁草書房、一九七五年、二五五頁）、折衷説（福田平『全訂刑法各論〔第三版増補版〕』有斐閣、二〇〇二年、一五一頁、大塚仁『刑法概説〔各論〕〔第三版増補版〕』有斐閣、二〇〇五年、二六頁、内田文昭『刑法各論〔第三版〕』青林書院、一九九六年、二六頁、平川宗信『刑法各論』有斐閣、一九九五年、五二頁、伊東研祐『現代社会と刑法各論〔第二版〕』成文堂、二〇〇〇年、七四頁、佐久間修『刑法各論〔第二版〕』成文堂、二〇一二年、三五頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第四版補訂版〕』成文堂、二〇一五年、二五頁）の三説が主張されているが、いずれの立場に立つても、精神的機能の侵害も傷害に含むという立場では一致している。

(87) D S M・Ⅳの基準によると、PTSDと認められるかについて、実際の死亡や、瀕死の状態、重傷、または性的暴行に関する事案を対象とし、近い親族か友人に起きた外傷的な出来事について知ることが挙げられており、ICD・10の基準においても、自らが生死に関わる事件に遭遇したり、他人の瀕死の状態や死を目撃した体験などの破局的ストレス状況に暴露された事実があることとする基準が挙げられている。